

규제연구 제23권 제1호 6월

담합규제 개선방향: 공동행위의 부당성 판단기준을 중심으로

이 성 복* · 이 승 진**

본고는 시장실패와 공동행위의 관계를 분석함으로써 담합규제의 개선방향을 제시하고자 한다. 이를 위해 명백히 경쟁을 제한하는 기업의 공동행위가 시장실패로 과당경쟁이 존재하는 시장에서도 부당한지에 대하여 살펴보았다. 현행 담합규제는 명백히 경쟁을 제한하는 공동행위를 당연히 부당한 것으로 판단하기 때문이다. 본고는 부의 외부성이 존재하는 과점시장 모형을 통해 명백히 경쟁을 제한하는 공동행위가 과당경쟁을 교정하고 사회후생을 개선시킬 수 있음을 보였다. 따라서 공동행위의 부당성은 공동행위의 경쟁제한성이 아닌 사회후생에 미치는 영향에 따라 판단해야 한다. 한편, 공동행위가 사회 최적의 경쟁제한 수준을 넘어 사회후생을 악화시킨다면 부당한 공동행위로 규제하는 것이 타당하다.

핵심 용어: 담합, 부당한 공동행위, 부당성, 시장실패, 과당경쟁

* 제1저자, 자본시장연구원 연구위원, 서울시 영등포구 의사당대로 143(javanfish@kcmi.re.kr).

** 공동저자, 자본시장연구원 선임연구원, 서울시 영등포구 의사당대로 143(milkyimix@kcmi.re.kr).

*** 본고는 저자의 개인적인 의견으로 자본시장연구원의 공식적인 의견이 아님을 밝힙니다. 본고의 질적 향상을 위해 의견을 주신 익명의 심사자님께 깊이 감사드립니다.

접수일: 2013/11/8, 심사일: 2013/12/19, 게재확정일: 2014/2/24

I. 서론

명백히 경쟁을 제한하는 기업의 공동행위는 과당경쟁이 존재하는 시장에서도 부당한가? 과당경쟁은 기업이 지나치게 경쟁하여 사회 전체적으로 바람직하지 못한 결과를 초래하는 사회 최적의 경쟁수준을 초과한 상태를 의미한다.¹⁾ 그렇다면 과당경쟁은 사회후생을 개선하기 위해 제한될 필요가 있으며, 기업의 공동행위는 그 한 방법이 될 수 있다. 그럼에도 불구하고 현행 공정거래위원회(이하 ‘공정위’)의 담합 심사기준은 합의의 존재만 입증되면 명백히 경쟁을 제한하는 행위 그 자체를 과당경쟁 여부와 관계없이 부당한 공동행위로 판단한다.

예컨대, 현행 담합 심사기준에 따르면, 소주업계의 「소주병 공용화 자발적 협약」도 담합 규제 대상이 될 수 있다. 2009년 6월과 2010년 3월에 환경부와 소주업계는 관행처럼 퍼져있는 빈병 회수 과다경쟁 및 불법적인 타사공병 무단 사용행위를 억제하기 위해 자발적인 공동협약을 맺었다.²⁾ 이를 통해 빈병의 회수기간이 짧아지고, 재사용 횟수가 증가하여 신병 투입률이 감소하는 등으로 최대 329억 원의 경제적 편익이 발생할 것으로 예상했다. 이 예상대로라면 소주업계는 빈병 회수 과다경쟁 억제로 추가적인 이윤을 얻었다. 그러나 소비자에게 돌아가는 혜택은 불분명해 보인다. 그렇다면 동 협약은 현행 심사기준에 따라 담합규제 대상이 될 수 있다. 공정위 심사기준에 따르면 동일한 공동행위가 경쟁제한 효과와 효율성증대 효과를 동반하면 두 효과를 비교해 형량을 결정하는데, 효율성증대 효과를 인정받기 위해서는 해당 경쟁제한 행위가 궁극적으로 소비자 편익을 증대시켜야 하기 때문이다.

1) 기업은 과당경쟁을 시장지배력 유지를 위해 남용하기도 한다. 예컨대, 시장에 과당경쟁이 있기 때문에 정부가 규제를 할 필요가 있다고 주장하기 위해서이다. 참고로, 과당경쟁이라는 용어는 경제학적으로 일반화되지 않았다는 의견도 존재한다.

2) 2009년 6월에는 총 10개 소주업체 중에서 7개 업체만 참여하다가, 나머지 3개 업체가 2010년 3월에 참여하였다.

본고는 시장실패의 결과로 나타난 과당경쟁이 존재하는 시장에서 공동행위 부당성에 대한 타당한 판단기준을 제시하고자 한다. 최근 법원은 경쟁제한 공동행위가 원칙적으로 부당하지만, 예외적으로 특별한 사정이 있으면 경쟁제한 행위의 부당성이 배제될 수 있고 보고 있다. 이에 대해 이봉의(2012)는 공동행위의 부당성을 부인할 수 있는 특별한 사정의 의미와 성격, 그 고려요소와 한계를 밝히는 것은 공동행위의 위법성 판단에 있어서 중요한 의미를 갖는다고 하였다. 홍대식(2010)도 유사한 입장을 보이고 있다. 이 같은 판결이 가능한 것은 법률상 ‘부당하게’의 의미가 명시적으로 제시되지 않았기 때문이다. 따라서 공동행위의 부당성에 대한 타당한 판단기준을 확립하는 것은 담합규제의 중요한 과제이다.

담합을 규제해야 하는 이유는 기업의 사유재산권 행사가 시장효율성을 악화시키고 공공복리에 부적합할 수 있기 때문이다. 「대한민국 헌법」 제23조 제1항은 ‘모든 국민의 재산권을 보장한다’고 규정하고 있다. 그러나 제2항에서는 ‘재산권 행사는 공공복리에 적합하여야 한다’라는 제약을 명시하고 있다. 따라서 공동행위가 자유로운 계약 또는 합의에 의해 이루어진 것이라 하더라도, 그것이 경쟁을 제한함으로써 공공복리에 적합하지 못한 경우라면 이를 규제하는 것이 타당하다.³⁾

그러나 시장실패의 결과로 과당경쟁이 존재하는 시장을 고려해보자. 이 경우에는 경쟁의 자유가 오히려 공공복리를 악화시킬 수 있다.⁴⁾ 과당경쟁이 발생할 경우 사회 최적의 수준보다 더 많은 양이 생산되거나 불필요한 비용이 낭비될 수 있기 때문이다. 기업의 입장에서도 과당경쟁을 억제할 유인을 갖는다. 이를 억제함으로써 더 높은 이윤을 얻을 수 있기 때문이다. 이 경우 소비자 잉여는 감소할 수 있다. 결과적으로 사회 전체의 후생이 증가할 수 있다. 그럼에도 불구하고 명백히 경쟁을 제한하는 공동행위라고 해서 이를 부당하다고 규제하는 것은 타당하지 않을 수 있다.

그렇다면 이러한 시장에서는 어디까지 기업의 공동행위를 허용해야 하는가를 판단하는 것이 매우 중요하다. 왜냐하면 과당경쟁이 존재하는 시장이라도 경쟁을 독점에 가깝게 제한

3) 헌법 제23조 제2항에서의 공공복리의 개념과 관련하여 김명재(2007)는 국내문헌들이 사회구성원 전체를 위한 공공적 이익을 나타내는 ‘사회국가적 공공복리’의 개념으로 이해하고 있다고 요약하고 있다. 장태주(2007)는 헌법 제23조 제2항의 공공복리가 개별 공익의 총괄개념으로서 공동체의 번영을 위한 공동체 전체의 이익을 말하는 것으로 볼 수 있다고 하였다. 이는 경제학적으로는 ‘사회후생’으로 해석될 수 있다.

4) Stucke(2013)는 Irving Fisher의 ‘경쟁이 항상 사회 전체적으로 이롭지 않을 수 있다’는 논의를 기반으로 경쟁의 어두운 측면을 살펴보았다.

하면 공공복리가 악화될 수 있기 때문이다. 따라서 공동행위의 부당성을 어떤 기준으로 판단해야 하는가에 대한 명확한 기준을 제시하는 것은 담합규제에 있어서 핵심이라고 할 수 있다.

본고는 이를 위해 부의 외부성이 존재하는 꾸르노 과점경쟁 모형을 분석하였다. 시장지배력이 존재하는 과점시장이라도 부의 외부성이 존재하는 경우 사회 최적의 수준보다 많은 양이 생산되는 과잉생산이 발생한다. 이 경우 생산량을 사회 최적의 수준으로 제한하면 사회 후생이 증가함을 보일 수 있다.

일반적으로 시장지배력이 존재하는 과점시장에서 경쟁제한 공동행위는 기업의 시장지배력을 강화시키고 사회후생을 악화시킨다. 따라서 경쟁제한 공동행위를 부당하다고 판단할 수 있다. 그러나 시장실패의 결과로 과당경쟁이 존재하는 시장에서 시장균형은 사회 최적의 아니다. 그렇기 때문에 공동으로 경쟁을 제한함으로써 사회 최적을 달성할 수 있다. 이 경우 당해 공동행위는 처음부터 부당하지 않을 수 있기 때문에 반드시 담합으로 규제하는 것은 타당하지 않을 수 있다.

현행 담합규제의 부당성 판단기준은 시장지배력이 존재하는 시장만을 가정한다. 이와는 달리 본고는 다른 시장실패 요인에 의해 과당경쟁이 발생할 수 있다는 점을 고려한다. 이를 통해 본고는 현행 담합 부당성 판단기준이 개선되어야 함을 제시한다. 즉, 시장실패의 결과로 과당경쟁이 나타나는 경우 경쟁제한 공동행위가 이를 교정해줄 수 있음을 고려해야 한다.

이를 위해 다음 세 가지를 담합규제에 반영할 필요가 있다. 첫째, 공동행위의 부당성을 입증하기 위해서는 공동행위 성격 자체보다는 사회후생 또는 공공복리에 미치는 영향을 분석할 필요가 있다. 둘째, 시장실패로 과당경쟁이 존재하는 시장에서 경쟁제한 공동행위로 과당경쟁을 줄인다면 당해 공동행위는 처음부터 부당한 것이 아닐 수 있다. 따라서 공동행위가 소비자 잉여를 줄이고 기업의 이윤을 늘인다고 해서 반드시 부당하다고 판단할 수 없다. 셋째, 시장실패로 과당경쟁이 존재하는 시장이더라도 경쟁제한 공동행위가 사회후생을 침해할 정도로 과하다면 부당하다고 판단할 수 있다.

다만, 기업의 공동행위 부당성을 사회후생을 기준으로 판단할 경우 규제당국이 이를 입증하는 것은 현실적으로 어려울 수 있다. 또한 이러한 입증의 어려움을 빌미로 기업들이 과당경쟁을 담합의 정당화에 악용할 여지도 존재한다. 본고를 계기로 정부와 기업 간에 과당경

쟁 존재에 대해 입증책임을 어떻게 분담하는 것이 타당한지에 대하여는 보다 깊이 있게 논의되길 기대한다.

본고의 구성은 다음과 같다. 제II장에서는 현행 담합규제의 부당성 판단기준에 대하여 논하기로 한다. 법률상 부당성 해석, 공정위의 심사기준, 그리고 법원의 판례를 차례로 살펴보기로 한다. 제III장에서는 부의 외부성이 존재하는 과점시장을 모형을 분석한다. 이를 근거로 시장실패의 결과로 과당경쟁이 존재하는 시장에서 공동행위의 부당성을 어떤 기준으로 판단해야 하는지를 자세히 논하기로 한다. 제IV장에서는 본고의 결론을 담는다.

II. 현행 담합규제의 부당성 판단기준

1. 법률상 ‘부당성’ 해석

「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하, 공정거래법) 제19조 제1항은 “사업자는 계약·협정·결의 기타 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 것을 함의”하는 것을 ‘부당한 공동행위’로 규정하고 있다.

법률상 ‘부당하게’ 또는 ‘부당한’의 의미는 명시적으로 정의되어 있지 않다.⁵⁾ 공정거래법 제19조 제2항⁶⁾이나 제58조⁷⁾에 따라 경쟁제한 공동행위를 예외적으로 허용하는 경우에도 ‘부당하게’의 의미는 불명확하다.⁸⁾ 왜냐하면 경쟁제한 공동행위는 원칙적으로 위법하나 예

5) 공정거래법 제3조의2(시장지배적 지위남용행위) 및 제23조(불공정거래행위)에서도 ‘부당하게’라는 표현을 사용하고 있다. 이승택(2009)에 따르면, 제23조에서의 ‘부당하게’는 거래상대방과의 관계에서의 불공정성이 인정되는 경우를 의미하고, 제19조 제1항에서의 ‘부당하게’는 제3조의2에서의 ‘부당하게’와 유사한 의미로 사용된 것으로 보인다.

6) 공정거래법 제19조 제2항에서는 공동행위가 인가를 받을 수 있는 사유로 산업합리화, 연구·기술개발, 불황극복, 산업구조의 조정, 거래조정의 합리화, 중소기업의 경쟁력 향상 등 6가지를 규정하고 있다.

7) 공정거래법 제58조에서는 “이 법의 규정은 사업자 또는 사업자단체가 다른 법률 또는 그 법률에 의한 명령에 따라 행하는 정당한 행위에 대하여는 이를 적용하지 아니한다”고 하여 법령에 따른 정당한 행위를 규정하고 있다.

8) 이봉의(2012)와 홍대식(2010)은 ‘부당하게’를 ‘unreasonable’이라는 단어로 해석하고 있다. 그러나 엄격하게 말하자면, 공동행위의 부당성은 위법성과 동일한 의미를 갖기 때문에 ‘illegal’로 이해하는 것이 맞다.

외적으로 부당성을 허용해주는 것인지, 아니면 경쟁제한 공동행위라고 하더라도 처음부터 위법하지 않은 정당한 행위이기 때문에 허용하는 것인지가 분명하지 않기 때문이다.

담합을 합리적으로 규제하기 위해서는 ‘부당하게’ 또는 ‘부당한’을 어떻게 해석할 것인가에 대한 공통된 인식이 필요하다. 왜냐하면 ‘부당하게’를 어떻게 해석하느냐에 따라 담합의 판단기준이 달라질 수 있기 때문이다.

첫째, ‘부당하게’는 경쟁제한 공동행위의 특성을 강조하는 의미로 해석될 수 있다. 이 경우 법상 나열된 경쟁제한 공동행위를 할 것을 합의하면 ‘부당한 공동행위’가 성립된다. 왜냐하면 경쟁을 제한하는 공동행위 그 자체가 부당하다고 보기 때문이다. 이 경우 ‘부당하게’는 수식어에 불과하기 때문에 조문에서 삭제되어도 무방할 수 있다.

둘째, ‘부당하게’가 경쟁제한 공동행위의 범위를 한정하는 의미로 해석될 수 있다. 이 경우 공동으로 경쟁을 제한한다고 해서 반드시 ‘부당한 공동행위’가 되는 것은 아니다. 계약의 자유에 의한 공동행위가 경쟁을 제한한다 하더라도 부당하지 않을 수 있다고 보기 때문이다. 즉, 경쟁을 제한하는 것 자체가 반드시 부당하지 않을 수 있다고 보기 때문이다. 이 경우 전자의 해석과는 달리 부당성을 경쟁제한성과는 별도의 담합 성립요건으로 볼 수 있게 된다.

이처럼 ‘부당하게’ 또는 ‘부당한’을 어떻게 해석하느냐에 따라 담합의 판단기준이 달라질 수 있다. 본고는 전자의 해석에 따른 담합규제의 문제점을 제시하고, 후자의 해석이 왜 타당한지에 대하여 자세히 논하고자 한다.

2. 공정위의 부당성 심사기준

공정위는 사업자 간 공동행위에 대한 사건을 보다 효율적이고 일관되게 처리하기 위해 2002년 5월 8일 「공동행위 심사기준」을 제정하였고, 네 차례의 개정을 통해 현재 「공동행위 심사기준」(공정거래위원회예규 제165호, 2012. 8. 20.)⁹⁾을 운용하고 있다.

이황(2008)은 공정위의 심사기준은 공동행위를 심사하기 위해 일정한 단계를 거쳐 최종적으로 행위의 부당성 여부를 판단하기 위한 것이라고 평가했다. 즉, 부당성을 어떻게 판단하는가가 공동행위 심사에 있어서 가장 중요한 심사기준이 되어야 함을 강조하고 있다.

9) 2007년 제14차 공정거래법 개정(법률 제8631호, 2007. 8. 3. 일부개정, 2007. 11. 4. 시행)을 통해 동법 제19조 제6항을 신설하고, 공정위가 부당한 공동행위에 관한 심사의 기준을 정하여 고시할 수 있도록 규정하였다.

그러나 공정위 심사기준은 기본적으로 공동행위에 합의가 존재하고 경쟁제한성이 있으면 부당한 공동행위로 판단하고 있다. 경쟁을 제한하는 행위 그 자체에 부당성이 포함되어 있기 때문에 위법하다는 것이다.

공정위의 담합 심사는 크게 두 가지 절차로 구분된다. 첫째, 공동행위 성립 여부를 심사한다. 공동행위는 2 이상의 사업자가 합의를 하면 성립된다. 합의의 존재는 반드시 입증 또는 추정되어야 한다.

둘째, 해당 공동행위의 위법성을 심사한다. 이를 위해 공정위는 공동행위의 성격과 시장 분석, 경쟁제한 효과분석, 효율성증대 효과분석, 경쟁제한 효과와 효율성증대 효과의 비교형량 등 4단계에 걸쳐 심사한다.

제1단계는 공동행위의 성격과 시장분석을 한다. 공동행위의 성격상 경쟁제한 효과만 발생하는지 효율성증대 효과도 발생하는지 분석한다. 만일 해당 공동행위의 성격상 경쟁제한 효과만 발생하는 것이 명백한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 구체적인 경쟁제한성에 대한 심사 없이 해당 공동행위를 당연 위법으로 판단하여 심사를 종료할 수 있다.¹⁰⁾

공동행위 성격상 경쟁제한 효과와 효율성증대 효과를 함께 발생시키는 경우에는 제2단계로 경쟁제한 효과를, 제3단계로 효율성증대 효과를, 제4단계로 양 효과를 비교하여 최종 형량을 결정한다.

한편, 공정위 심사기준상 효율성증대 효과는 통상 경제학에서 의미하는 시장효율성이 아닌 ‘경쟁을 촉진하여 소비자 편익의 증가’로 본다. 이는 경쟁제한 공동행위로 소비자 편익이 감소하면 효율성증대 효과는 없는 것으로 본다는 것을 의미한다.

이런 측면에서 현행 공정위 심사기준의 부당성 판단기준은 공공복리 또는 사회후생이 아닌 소비자 잉여에 초점이 맞추어져 있다고 볼 수 있다. 이는 일반적으로 경쟁제한 행위가 소비자 잉여를 줄이고 결과적으로 공공복리 또는 사회후생을 악화시킨다는 것을 전제하고 있기 때문이다. 즉, 공정위 심사기준은 공동행위의 경쟁제한성만으로도 부당성을 주장할 수 있다고 보고 있다.

10) 공동행위의 성격상 경쟁제한 효과만 발생시키는 것이 명백한 경우로는 가격조정행위, 산출량조정행위, 거래 지역 및 거래상대방 제한행위, 입찰담합 등 네 가지로 열거되어 있다.

3. 법원의 판례 추이

최근 법원은 합의가 있고 경쟁제한성이 있는 공동행위라도 예외적으로 부당성이 부인될 수 있다는 판결들을 내놓고 있다. 법원은 공정위와 같이 경쟁제한 공동행위를 원칙적으로 부당하다고 판단한다. 다만, 공정위와는 달리 예외적으로 특별한 사정이 인정되는 경우에 한하여 공동행위의 부당성이 부인될 수 있다고 본다.¹¹⁾

이에 대해 이봉의(2012)는 공동행위의 부당성을 부인할 수 있는 특별한 사정의 의미와 판단기준을 밝히는 것은 매우 중요한 의미를 갖는다고 지적한다. 홍대식(2010)도 유사한 입장을 보이고 있다. 법원은 공동행위의 부당성을 부인할 수 있는 근거로 법 제19조 제2항뿐만 아니라 “국민경제의 균형 있는 발전을 도모”를 규정한 법 제1조를 고려하고 있다. 이와 관련하여 이봉의(2012)는 법 제19조 제2항이 경쟁제한 공동행위를 사후적으로 정당화할 수 있는 예시를 보여주고 있다고 설명한다.¹²⁾ 이 견해에 따르면, 제19조 제2항의 인가사유는 부당성을 부인하기 위한 특별한 사유들 중 일부를 예시적으로 열거하고 있는 것으로 이해된다.¹³⁾

예컨대, 대법원은 2005년 9월 제주도관광협회 사건에서¹⁴⁾ “사업자단체에 의한 가격결정 행위가 일정한 거래 분야의 경쟁이 감소하여 사업자단체의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하는 행위, 즉 법 제26조 제1항 제1호, 제19조 제1항 제1호의 사업자단체의 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위에 의하여 일정한 거래 분야의 경쟁을 실질적으로 제한하는 행위에 해당하더라도, 이로 인하여 경쟁이 제한되는 정도에 비하여 법 제19조 제2항 각 호에 정해진 목적 등에 이바지하는 효과가 상당히 커서 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모한다는 법의

11) 법원은 “사업자들이 공동으로 가격을 결정하거나 변경하는 행위는 그 범위 내에서 가격경쟁을 감소시킴으로써 그들의 의사에 따라 어느 정도 자유로이 가격의 결정에 영향을 미치거나 미칠 우려가 있는 상태를 초래하게 되므로, 그와 같은 사업자들의 공동행위는 특별한 사정이 없는 한 부당하다고 볼 수밖에 없다”고 판시하였다(대법원 2009.3.26. 선고 2008두21058 판결, 대법원 2009.6.23. 선고 2007두19416 판결).

12) 공정거래법상 예외적인 공동행위의 인가규정이 존재함에도 실제로 인가된 예는 매우 제한적이어서, 1987년 인가제도가 도입된 이후 지금까지 인가가 된 공동행위는 2건(2010년 레미콘사업자, 1988년 벨브제조업자)에 그친다.

13) 공정거래법 제19조 제2항에서는 공동행위가 인가를 받을 수 있는 사유로 산업합리화, 연구·기술개발, 불황극복, 산업구조의 조정, 거래조정의 합리화, 중소기업의 경쟁력 향상 등 6가지를 규정하고 있다.

14) 제주도관광협회 사건(대법원 2005.9.9. 선고 2003두11841 판결).

공극적인 목적에 실질적으로 반하지 아니하는 예외적인 경우에 해당한다면, 부당한 가격제한행위라고 할 수 없다”라고 판시하였다.

또한 2005년 8월 부산광역시치과의사회 사건과 2008년 12월 시외전화사업자 사건에서는¹⁵⁾ 제주도관광협회 사건과 같은 판단기준에 따라 해당 사건의 공동의 가격결정 행위가 부당하다고 볼 수밖에 없다고 판시하였다.

이처럼 법원의 판례는 공정위 심사기준과 달리 공동행위의 부당성을 판단하기 위해 소비자 잉여의 증가에 국한하지 않고 “국민경제의 발전”이라는 사회 전체의 후생 측면에서 평가하고 있다. 예를 들면, 대법원은 2011년 5월 보험료담합 사건에서 해당 공동행위는 원고가 주장하는 것과는 달리 국민경제의 균형 있는 발전을 도모하는 효과가 발생했는지 여부는 추상적이고 불확실하기 때문에 “이 사건 공동행위로 인한 효율성증대 효과가 경쟁제한 효과보다 우월하다고 단정하기 어렵다”고 판시하였다.¹⁶⁾

결론적으로 법원은 법 제1조에서 규정하고 있는 “국민경제의 균형 있는 발전 도모”라는 법의 공극적인 목적과 취지에 비추어 경쟁제한 공동행위의 부당성을 심사할 수 있음을 보여 주었다.

III. 합리적인 부당성 판단기준

1. 담합의 규제근거

담합은 ‘서로 의논하여(의견을) 하나로 합치다’라는 사전적 의미를 갖는다. 그러나 사람들이 모이면 부당한 이익을 도모한다는 역사적인 경험이 밑바탕에 깔려 있어 기업의 공동행위를 의미하는 담합에 대한 인식도 부정적이다. 시장경제의 아버지인 아담 스미스(Adam Smith)도 「국부론」에서 기업이 서로 모여서 이야기를 하다 보면 이윤을 더 많이 낼 수 있는 묘안

15) 부산광역시치과의사회 사건(대법원 2005.8.19. 선고 2003두9251 판결), 시외전화사업자 사건 판결(대법원 2008.12.24. 선고 2007두19584 판결).

16) 대법원 2011.5.26. 선고 2008두20376 판결. 법원은 명백히 경쟁을 제한하는 공동행위인 경우에도 효율성증대 효과를 실시한다. 이런 점에서 효율성증대 효과를 소비자 잉여로 측정하느냐 아니면 사회후생으로 측정하느냐는 매우 중요한 문제이다.

을 찾아내며, 그 묘안은 가격을 올리는 교묘한 작당이거나 대중을 속이려는 음모로 끝나다고 말했다.

그렇다면 담합을 왜 규제해야 할까? 이에 대한 논란은 적지 않다. 이를 규제한다는 것은 사유재산권의 행사를 제한하는 것이기 때문이다. 시장경제에서 가장 중요한 요소는 사유재산권이며, 사유재산권은 계약의 자유에 의해 보장된다. 개인이 자기 재산의 이용, 수익, 처분에 대한 권리를 갖고 자유롭게 계약을 할 수 있어야 사유재산권이 인정된다고 할 수 있다.

「대한민국 헌법」 제23조 제1항도 ‘모든 국민의 재산권은 보장하되, 그 내용과 한계는 법률로 정할 수 있다’라고 규정하고 있다. 따라서 어떤 규제라도 정당한 사유 없이 사유재산권을 제한할 수 없다. 다만, 「대한민국 헌법」 제23조 제2항은 ‘재산권의 행사는 공공복리에 적합하여야 한다’라고 규정하면서 사유재산권을 제한할 수 있는 정당한 사유 또는 근거를 제시해주고 있다. 즉, 재산권에 대한 제한을 가할 수 있는 정당한 사유는 그 재산권의 행사가 공공복리에 적합하지 않는 경우이어야 한다. 물론 재산권에 대한 제한은 다른 기본권을 제한하는 입법과 마찬가지로 과잉금지원칙에 반해서는 안 된다. 그리고 재산권의 본질적 내용인 사용권, 수익권, 처분권은 인정해줘야 한다.¹⁷⁾

담합규제도 마찬가지이다. 기업의 모든 거래 활동은 끊임없는 계약 또는 합의에 의해 성사된다. 계약 또는 합의에 의한 공동행위는 사유재산권의 자유로운 행사이며, 담합규제는 이를 제한하는 것이다. 따라서 담합을 규제하기 위해서는 사회적으로 정당한 사유가 존재해야 하며, 「대한민국 헌법」은 이를 ‘공공복리에 적합해야 한다’라고 적시하고 있다. 따라서 어떤 공동행위가 공공복리에 적합한지를 판단하기 위해서는 명확한 기준이 필요하다.

기업은 시장에서 더 많은 물건을 팔아서 더 많은 이윤을 남기고자 한다. 그렇기 때문에 다른 기업보다 더 유리한 방법으로 생산하고 더 유리한 조건으로 물건을 팔고자 한다. 이러한 과정은 한정된 자원을 보다 생산적인 곳으로 배분되도록 한다. 즉, 대체적으로 시장의 효율성은 경쟁의 자유에 의해 달성될 수 있다고 본다.

이처럼 시장 경쟁을 통해 보다 더 효율적인 방법으로 자원을 사용할 수 있음에도 불구하고, 기업 간의 합의를 통해 경쟁을 제한한다면 시장은 비효율적이게 된다. 왜냐하면 일반적으로 시장은 과점적 시장구조를 갖고 있기 때문에 경쟁을 제한하면 생산량은 줄고 가격은 올라가기

17) 허완중(2012)을 참고한다.

때문이다. 결과적으로 소비자 잉여가 감소하고 사회 전체의 공공복리도 감소하게 된다.

이를 살펴보기 위해, N 개의 기업이 수량 경쟁을 하는 꾸르노 모형을 고려해 보자. 기업의 한계비용은 c 로 모두 동일하다. 시장 수요함수는 $P = a - bQ$ 라고 하자.

각 기업의 이윤함수 π^i 는 다음과 같이 정의된다.

$$\pi_N^i = (a - b \sum_{j=1}^N q_N^j) q_N^i - c q_N^i \quad (1)$$

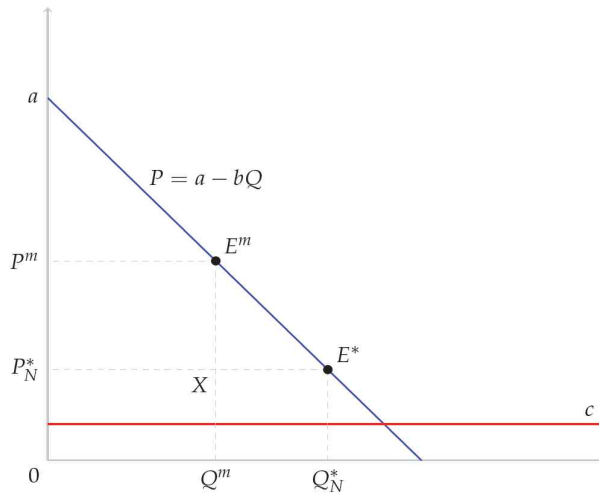
각 기업의 시장균형 생산량 q_N^* 은 기업의 이윤극대화 조건($\partial \pi_N^i / \partial q_N^i = 0$)에 의해서 다음과 같이 구해진다.

$$q_N^* = \left(\frac{1}{N+1} \right) \left(\frac{a-c}{b} \right) \quad (2)$$

시장균형 총생산량 $Q_N^* (= Nq_N^*)$ 을 시장 수요함수에 대입하면, 시장균형 가격 P_N^* 은 다음과 같이 구해진다.

$$P_N^* = c + \frac{a-c}{N+1} \quad (3)$$

<그림 1> 시장균형과 담합균형의 차이



<그림 1>에서 나타나는 바와 같이, 시장균형 E^* 는 생산량 Q_N^* 과 가격 P_N^* 으로 표시된다. 시장균형에서 N 개의 기업이 독점 생산량을 생산하기로 합의했다고 가정해 보자. 이 경우 담합균형 E^m 는 독점시장에서의 생산량 Q^m 과 가격 P^m 으로 표시된다. 기업의 담합행위에 의해 시장균형이 임의적으로 독점균형으로 바뀌면 사회후생 측면에서 세 가지의 변화가 발생한다. 첫째, 사회 전체적으로 $E^m X E^*$ 만큼의 사회후생 손실이 발생한다. 둘째, 소비자 입장에서는 $P^m P_N^* E^* E^m$ 만큼의 소비자 잉여가 감소한다. 셋째, N 개의 기업은 독점 생산량을 생산하기로 합의하고 $P^m P_N^* E^* E^m$ 만큼의 이윤을 소비자 잉여로부터 뺏어온다. 각 기업의 이윤은 증가한다.

기업이 경쟁의 자유를 제한함으로써 시장균형이 E^* 에서 E^m 로 바뀌면 생산량이 감소하고 가격이 오른다. 시장균형 E^* 는 이미 과점시장이기 때문에 경쟁을 촉진시켜야 시장효율성이 개선된다. 그러나 기업이 담합균형 E^m 을 유지하기로 합의하면 시장효율성은 악화된다. 결과적으로 이 경우 담합이 사회후생을 악화시켰으므로 이를 규제하는 것은 마땅하다. 경쟁을 제한하기 때문이 아니라 사회후생을 악화시키기 때문에 규제할 수 있음을 유의해야 한다.

이에 대한 논의를 시장실패의 결과로 과당경쟁이 존재하는 경우로 확대해 보기로 하자. 시장실패의 요인으로서는 시장지배력, 불완전한 정보, 외부효과, 공공재가 있다. 시장실패가 있다고 해서 과당경쟁이 반드시 나타나는 것은 아니다. 예컨대, 시장지배력이 존재하는 경우이거나 공공재시장의 경우에는 경쟁의 정도가 사회 최적의 수준보다 낮을 수 있다. 이와는 달리 정보 불완전성이나 외부성이 존재하는 경우 경쟁의 정도가 사회 최적의 수준보다 높을 수 있다. 즉, 과당경쟁이 나타날 수 있다.

부의 외부성이 존재하는 과점시장을 가정해보자.¹⁸⁾ 이 시장에서는 두 가지 시장실패 요인이 존재한다. 첫째, 시장지배력이 존재한다. 경쟁을 촉진하면 사회후생을 증가시킬 수 있는데 기업이 시장지배력을 갖고 있기 때문에 시장균형은 사회 전체적으로 비효율적이다. 둘째, 부의 외부성이 존재한다. 사적 한계비용이 사회적 한계비용보다 낮기 때문에 과잉생산이 발생한다. 과잉생산은 사회 최적의 수준보다 가격이 낮고 생산량이 많은 상태를 의미한다. 그렇기 때문에 과잉소비가 일어날 수 있다.

부의 외부성을 고려하기 위하여 N 개의 기업이 꾸르노 경쟁하는 과점시장과 그 외 다른

18) Leslie(1993)를 참고한다.

시장이 있다고 가정하자. 기업의 한계비용은 c 로 모두 동일하다. 그러나 이전과 달리 d 만큼의 추가적인 한계비용을 그 외 다른 시장에 유발시킨다고 가정하자. 시장수요는 편리상 이전과 같이 $P = a - bQ$ 로 가정하자.

부의 외부성이 존재하는 과점시장의 균형 생산량과 가격이 사회 최적인지 아닌지를 살펴보기 위해, 사회후생함수 $W(Q_N)$ 는 다음과 같이 정의할 수 있다.

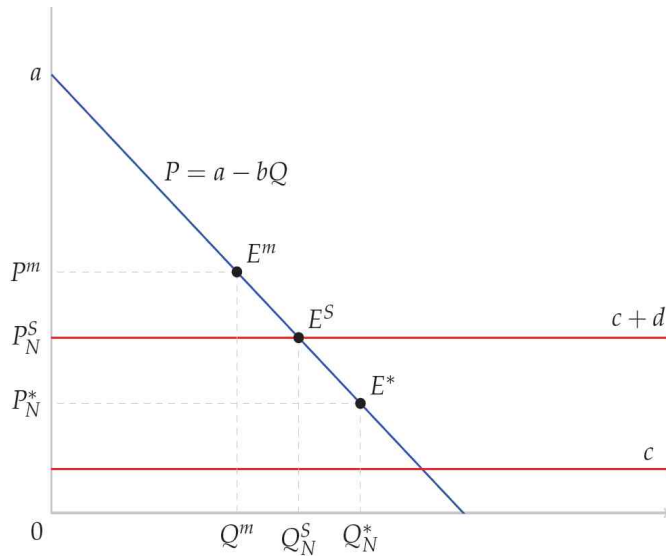
$$W(Q_N) = \int_0^{Q_N} P(s)ds - cQ_N - dQ_N \tag{4}$$

사회 최적 생산량 Q_N^S 는 사회후생을 극대화시키는 조건($\partial W(Q_N)/\partial Q_N = 0$)을 만족시키며, 다음과 같이 도출된다.

$$Q_N^S = \frac{a - c - d}{b} \tag{5}$$

<그림 2>에서 살펴볼 수 있는 바와 같이, 부의 외부성이 $(a - c)/(N + 1) < d$ 를 만족시킬 만큼 충분히 크면, 시장균형 생산량 Q_N^* 이 사회 최적 생산량 Q_N^S 보다 크다는 것을 알 수 있다. 즉,

<그림 2> 부의 외부성이 있는 경우 꾸르노 시장균형



$$Q_N^S - Q_N^* = \left(\frac{1}{N+1}\right)\left(\frac{a-c}{b}\right) - \frac{d}{b} < 0 \tag{6}$$

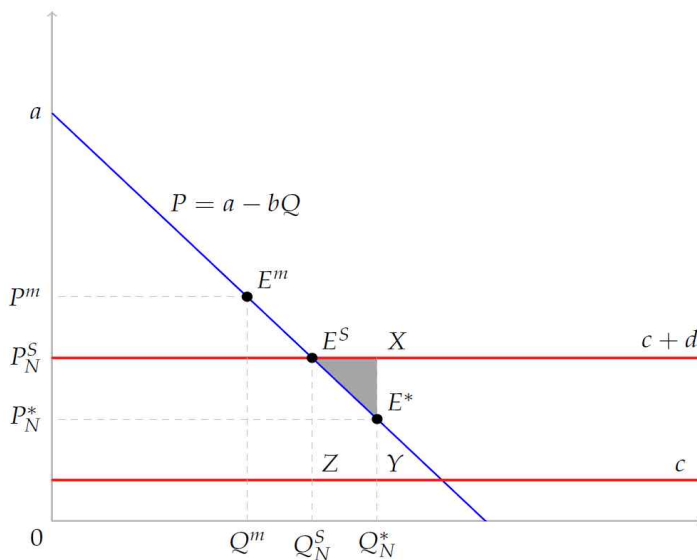
시장균형 가격(P_N^*)은 사회 최적 가격(P_N^S)보다 낮음을 보일 수 있다. 여기서 부의 외부성이 충분히 크다는 것은 시장지배력보다 부의 외부성이 시장효율성에 미치는 영향이 크다는 것을 의미한다.

이 경우 기업의 경쟁제한 공동행위가 기업의 시장지배력을 더 증가시킨다 하더라도 부의 외부성을 감소시키는 효과가 더 크기 때문에 사회 전체의 후생이 증가시킬 수 있음을 보일 수 있다.

<그림 3>은 사회 전체의 후생이 시장균형 생산량 Q_N^* 에서 사회 최적 생산량 Q_N^S 로 가까워질수록 증가함을 보여준다. 즉, 생산량을 공동으로 제한하는 것이 부의 외부성에 따른 시장 비효율성을 개선하여 사회후생을 증가시킨다. 따라서 공동으로 경쟁을 제한하는 행위가 공공복리에 적합하다고 할 수 있다.

기업들이 공동으로 사회 최적 E^S 에 이를 수 있도록 총생산량을 Q_N^S 로 제한했다고 하자. 이 경우 소비자 잉여는 감소하고 기업의 이윤은 증가한다. 사회 전체의 후생은 증가한다. 왜

<그림 3> 부의 외부성이 존재하는 경우 사회후생 손실



나하면, 부의 외부성 감소효과($E^S XYZ$)가 소비자 잉여와 생산자잉여의 합인 감소효과($E^S E^* YZ$)보다 더 크기 때문이다. 그 차이는 $E^S XE^*$ 와 같다.

어떻게 소비자 잉여가 감소했는데도 불구하고 공공복리는 개선되었다고 판단할 수 있을까. 시장균형 E^* 에서는 부의 외부성의 존재로 자원이 비효율적으로 배분됨에 따라 시장균형 가격 P_N^* 가 사회적 한계비용보다 낮아졌다. 이 때문에 소비자는 사회 최적의 수준보다 불필요하게 더 많이 소비하고 이에 따라 과도한 수준의 소비자 잉여를 얻은 것이다. 이 경우 총생산량을 줄이면 소비자 잉여는 감소한다. 여기서 감소된 소비자 잉여는 사회 전체적으로 비효율적으로 소비자에게 전달된 사회후생이기 때문에 기업의 경쟁제한 공동행위로 소비자 잉여가 감소한다 해도 부당하다고 할 수 없다. 즉, 기업의 경쟁제한 공동행위가 과잉생산과 과잉소비를 줄인 것이기 때문에 공공복리 측면에서도 적합하다고 볼 수 있다.

2. 합리적인 부당성 판단기준

기업의 경쟁제한 공동행위가 시장실패 요인에 미치는 영향을 기준으로 부당성을 판단해야 한다면, 어디까지 기업의 경쟁제한 공동행위를 허용해야 하는가. 이에 대한 기준을 정립하기 위해 부의 외부성이 있는 과점시장을 다시 살펴보도록 하자.

부의 외부성이 존재하는 시장에서는 기업이 공동으로 경쟁을 제한하여 사회후생을 증가시킬 수 있다. 시장균형보다는 더 효율적이다. 그렇기 때문에 이 경우 공동행위는 부당하다고 판단할 수 없다. 또한 기업의 경쟁제한 공동행위로 소비자 잉여가 감소하고 기업의 총이윤이 증가한다고 해서 반드시 부당하다고 판단할 수 없다. 경쟁제한 공동행위가 기업의 이윤을 증가시키고 소비자 잉여를 감소시켰음에도 사회 전체적으로는 후생이 증가할 수 있기 때문이다.

공동행위의 부당성은 기업의 이윤 또는 소비자 잉여로 판단하기보다는 사회 전체의 후생을 개선시켰는지 여부로 판단하는 것이 타당하다. 시장의 특성에 따라 소비자 잉여와 사회 후생은 경쟁의 정도와 다른 방향으로 변할 수 있기 때문이다.

시장지배력이 존재하는 순수한 과점시장을 살펴보자. 이 경우 경쟁을 제한하게 되면 기업의 이윤은 증가하고 소비자 잉여는 감소한다. 또한 사회후생도 감소한다. 따라서 이 경우 사회후생과 소비자 잉여가 경쟁의 정도와 같은 방향을 움직이기 때문에 어떤 기준으로 공동행

위의 부당성을 판단하느냐는 크게 논란이 되지 않는다. 규제 차원에서는 수요함수의 예측이 어렵고 이에 따라 사회후생함수를 정의하는 것이 어렵기 때문에 기업의 이윤의 변화로 공동행위의 부당성을 판단할 수 있다. 즉, 기업의 이윤이 증가하면 소비자 잉여와 사회후생이 감소했다고 이론적으로 추론할 수 있다.

그러나 부의 외부성이 존재하는 과점시장을 고려해보면, 상기와 같은 판단기준에 심각한 오류가 있음을 알 수 있다. 부의 외부성이 존재하는 과점시장에서 시장균형 생산량은 사회 최적의 생산량보다 너무 많이 생산된다. 즉, 부의 외부성으로 과잉생산이 발생하였다. 이 경우 각 기업의 생산량을 제한하면(명백히 경쟁을 제한하면) 기업의 이윤은 증가하고 소비자 잉여는 감소한다. 그러나 사회후생은 증가한다. 따라서 이 경우 기업의 이윤이 증가하고 소비자 잉여가 감소했다고 해서 사회후생이 감소했다고 추론할 수 없다.

홍대식(2010)도 기업의 공동행위의 부당성을 판단하기 위해서는 개별 시장뿐만 아니라 경제 전체에 미치는 효과까지 고려해야 한다고 하였다. 이봉의(2012)도 공공의 이익에 상응하는 국민경제 차원의 바람직한 효과에 의해 부당성이 판단될 수 있다고 하였다. 대법원의 판례도 이러한 점을 고려하고 있다. 이처럼 공동행위의 부당성은 공동행위 성격이 아닌 사회 전체의 후생 또는 공공복리에 의해 판단될 필요가 있다.

최영순(1999)에 따르면, 클라인베흐터(W. Kleinwächter)가 주장한 시장규율 가설도 이와 같은 맥락이다. 기업의 공동행위가 과잉생산을 줄여 가격을 안정시킨다면, 즉 시장질서를 유지하는 역할을 한다면 그 공동행위는 규제대상이 돼서는 안 된다는 것이다. 즉, 기업이 독립적으로 재산권을 행사하지 않았더라도 또는 실질적으로 경쟁의 자유를 제한하더라도 공공복리에 적합한 공동행위라면 규제할 수 없다는 것이다.

한편, 아담 스미스가 지적한 바와 같이 기업이 이러한 공동행위를 하다 보면 더 많은 이윤을 추구하기 위해 사회 최적 이상의 경쟁제한을 할 수 있다. 왜냐하면 기업은 경쟁을 제한하면 할수록 더 많은 이윤을 얻을 수 있기 때문이다. <그림 3>에서 보는 바와 같이, 기업은 사회 최적의 생산량 Q_N^S 보다 더 낮은 생산량을 생산하기로 합의할 수 있다. 이 경우 가격은 사회 최적인 수준보다 높아지게 된다. 물론 이전과 같이 기업의 이윤은 증가하고 소비자 잉여는 감소한다. 그럼에도 불구하고 사회 최적의 경쟁 제한 수준 이상으로 경쟁을 제한했기 때문에 사회 전체의 후생은 감소한다.

따라서 시장실패의 결과로 과당경쟁이 존재하는 시장에서는 동일한 경쟁제한 공동행위라

할지라도 사회 전체의 후생에 미치는 영향에 따라 부당성이 달리 평가될 수 있다. 법원도 이와 관련하여 유사한 입장을 취하고 있다. 2008년 국내 설탕 제조·판매사의 공동행위에 대해 초과공급이 존재하는 시장임에도 불구하고 설탕의 공급물량을 제한하고 공동으로 가격을 결정한 행위를 부당하다고 판시하였다.¹⁹⁾ 그 이유는 공동행위가 설탕시장의 무한경쟁이 가져오는 비효율성을 개선하거나 국민 경제 전반의 효율성 증대를 목적으로 하기 보다는 개별 기업들의 사업경영상 필요에 따른 행위에 불과하기 때문이었다. 또한 2004년 11월 정유사 군납유 입찰담합사건에서는 군용유류 납품시장의 특수성을 인정하지만 기업들의 공동행위는 개별 기업차원의 효율성을 증대시키는데 불과하며 사회전반의 후생을 개선하는데 기여한 바가 없기 때문에 부당하다고 판시하였다.²⁰⁾

요약컨대, 시장실패의 결과로 과당경쟁이 존재하는 시장에서 공동행위의 합의가 있고 그것이 경쟁을 제한하는 행위라 하더라도, 당해 행위가 공공복리 또는 사회후생을 증대시키면 ‘부당한 공동행위’로 규제하는 것은 타당하지 않을 수 있다. 즉, 명백히 경쟁을 제한하는 합의가 있는 것만으로는 담합이 성립될 수 없고, 그 합의가 공공복리를 침해하면 부당성이 인정되어 담합이 성립된다고 보아야 한다. 또한 경쟁을 제한하는 공동행위로 인해 소비자 잉여가 줄고 기업의 이윤이 늘었다는 이유만으로 규제해서도 안 된다. 다만, 시장실패로 과당경쟁이 있는 시장이더라도 그 공동행위가 시장실패를 교정할 목적이 아니거나 시장지배력을 사회 최적의 수준보다 높게 확보하려고 한다면 ‘부당한 공동행위’로 규제해야 한다. 이 경우에도 경쟁제한 공동행위를 중지시킬 것이 아니라 사회 최적의 수준까지 낮추도록 해야 한다.

3. 부당성 입증절차

본고는 공동행위의 부당성을 경쟁제한성 자체가 아닌 공공복리 침해여부로 판단한다. 따라서 공동행위의 부당성을 경쟁제한성과 별도로 심사할 경우, 누가 부당성에 대한 입증책임을 갖느냐는 중요한 문제가 될 수 있다. 명백히 경쟁을 제한하는 행위라도 부당성을 입증하기 위해서는 기업의 공동행위가 공공복리에 적합한지에 대하여 별도로 심사해야 하기 때문이다.

19) 서울고법 2007누24458, 2008.7.16. 판결.

20) 대법원 2004.11.12. 선고 2002두5627 판결.

공정위는 담합을 규제하는 당국으로서 공동행위 부당성에 대한 일차적인 입증책임을 갖는다. 기업의 공동행위를 위법행위로 판단하기 위해서는 공동행위의 부당성을 입증해야 하는 것은 당연하기 때문이다. 그러나 시장의 수요함수를 예측하기 어렵기 때문에 어느 한 시장의 사회후생 함수를 도출하는 것은 쉬운 일이 아니다. 따라서 사회후생을 기준으로 공동행위의 부당성을 입증한다는 것은 쉽지 않다. 기업의 이윤은 상대적으로 도출하기 쉬우나 사회후생과 달리 항상 경쟁과 반대로 움직이는 것은 아니기 때문에 공동행위의 부당성을 판단하는 데 적합하지 않다.

이러한 현실적 어려움을 고려하여 공정위는 기업에게 과당경쟁 존재여부를 입증할 기회를 제공할 필요가 있다. 왜냐하면 기업이 공정위보다는 시장에 대한 이해가 깊을 수 있기 때문이다. 이를 통해 가격고정과 같이 명백히 경쟁을 제한하는 행위이더라도 공정위가 사회후생 증진여부를 판단할 수 있도록 할 필요가 있다.

기업의 주장대로 과당경쟁이 존재한다고 인정되더라도 공정위는 기업의 경쟁제한 행위의 정도가 사회후생 측면에서 과다한지를 판단할 필요가 있다. 이를 위해서는 기업의 경쟁제한이 사회후생을 증진시키는지 여부를 살펴봐야 한다. 이에 대해서도 기업이 입증할 기회를 제공해줌으로써 보다 객관적으로 담합의 부당성을 판단할 필요가 있다.

이렇게 공정위 심사단계에서부터 기업이 적극적으로 공동행위의 부당성을 부인할 수 있는 절차를 마련하면 공정위의 담합규제의 합리성이 높아질 수 있다. 또한 공정위의 잘못된 판단이 기업의 평판에 무리한 영향을 끼치는 사례를 줄일 것으로 기대할 수 있다.

IV. 결론

본고는 현행 담합규제의 부당성 판단기준의 문제점을 제시하고 이에 대한 개선방향을 제시하고자 하였다. 이를 위해 시장실패의 결과로 과당경쟁이 존재하는 시장에서 경쟁제한 공동행위의 부당성을 어떻게 판단해야 하는지에 대하여 살펴보았다.

자유로운 경쟁은 한정된 자원이 효율적으로 배분되도록 한다. 공정거래법도 자유로운 경쟁을 보호하는데 목적을 두고 있다. 현행 공정위 담합 심사기준도 이러한 경쟁이론을 기반으로 담합을 규제하고 있다. 그래서 기업이 합의를 통해 시장의 경쟁을 제한하면 그 자체를

부당한 공동행위로 판단한다.

그러나 경쟁의 자유를 보장하더라도 시장이 항상 효율적인 것만은 아니다. 과당경쟁과 같이 때로는 경쟁의 자유가 오히려 시장의 효율성을 악화시키는 경우가 있다. 본고는 경쟁제한 공동행위가 시장실패의 결과로 나타난 과당경쟁을 교정하여 사회 전체의 후생을 증대시킨다면, 이 경우 경쟁제한 공동행위는 부당하지 않을 수 있다고 본다. 왜냐하면, 담합규제의 목적이 소비자 잉여만이 아닌 공공복리 또는 사회후생을 악화시키는 공동행위를 금지하는 것이기 때문이다. 즉, 담합의 부당성은 공동행위의 경쟁제한성 자체가 아닌 공공복리 침해 여부에 의해 판단될 필요가 있다.

최근 법원에서는 부당성을 별도의 담합 성립요건으로 고려하는 판례를 내놓고 있다. 따라서 담합의 위법성을 심사하는 단계에서부터 시장실패의 요인을 종합적으로 고려할 수 있도록 현행 공동행위의 부당성 판단기준을 개선할 필요가 있다.

참고문헌

- 김명재, 「헌법상 공공복리의 개념과 실현구조」, 『공법학연구』 제8권 제2호, 2007.
- 이봉익, 「공정거래법상 공동행위의 부당성과 ‘특별한 사정’- 대법원 2009.7.9. 선고 2007두 26117 판결을 중심으로 -」, 『인권과 정의』, 2012.
- 이승택, 「우리 공정거래법상의 부당성의 의미 및 그 법률상 지위: 대법원 판례를 중심으로」, 『사법논집』 제49집, 2009.
- 이 황, 「공동행위 심사기준 개선방안 연구」, 2008년 연구용역 최종보고서, 공정거래위원회, 발간등록번호 11-1130000-000095-01, 2008.
- 장태주, 「행정법상 공익이론의 함의」, 한양대학교 법학연구소 『법학논총』 제24권 제2호, 2007.
- 최영순, 「독일 카르텔의 입법화논쟁 및 그 과정」, 경제사학회 『경제사학』 제26권, 1999.
- 허완중, 「재산권 보장과 위헌심사」, 헌법재판소 헌법재판연구원 헌법재판 심사기준 2012-C-1, 2012.
- 홍대식, 「공정거래법상 카르텔 규제의 쟁점: 실체법적 쟁점을 중심으로」, 『규제연구』 제19권 제2호, 2010.
- 환경부, 「소주병 공동사용으로 연간 2.5억명 생산비용 절감」, 보도자료, 2010.3.5.
- Leslie. C. R., “Achieving efficiency through collusion: a market failure defense to horizontal price-fixing”, *California Law Review* 81, 1993.
- Mankiw, N. G. and Whinston, M. D., “Free Entry and Social Efficiency”, *Rand Journal of Economics* 17, 1986.
- Perry, M. K., “Scale economies, imperfect competition, and public policy”, *Journal of Industrial Economics* 32, 1984,
- Pindyck, R. S. and Rubinfeld, D. L., *Microeconomics*, 8th edition, Pearson, 2012.
- Stucke, M. E., “Is Competition always good?”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2013.
- Suzumura, K. and Kiyono, K., “Entry barriers and economic welfare”, *The Review of Economic Studies* 54, 1987.

Toward Improving Cartel Regulation: Market Failures and Collusion Illegality

Sungbok Lee and Seungjin Lee

This study proposes reasonable criteria on cartel illegality by investigating the relationship between market failures and firms' collusive behaviors in an oligopoly with negative externalities. A collective price or/and quantity fixing in a market can be ruled as illegal per se by Korean cartel regulators. The study shows that the agreement of limiting competition can improve social welfare in cases that there is excess competition due to multiple market failures. Therefore, cartel illegality should be judged based on the effects on social welfare rather than on the characteristics of limiting competition. Though, the collective agreement of limiting competition could be judged as illegal if it is too much to attain the social optimality.

Key word: Cartel, Illegal collusion, Illegality, Market failures, Excess competition

